

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Il corpo umano vivente dopo la nascita: osservazioni storico-comparatistiche

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/101641> since

Publisher:

Jovene

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato **2**

Riccardo Cardilli Maria Floriana Cursi
Roberto Fiori Paola Lambrini
Antonio Saccoccio Gianni Santucci
Andrea Trisciuoglio Massimiliano Vinci

prefazione di
Pietro Rescigno

Estratto

Jovene Editore
2006

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2006

ISBN 88-243-1644-1

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

ANDREA TRISCIUOGGIO

IL CORPO UMANO VIVENTE DOPO LA NASCITA: OSSERVAZIONI STORICO-COMPARATISTICHE

1. *Premessa.*

Aderendo con piena convinzione al progetto culturale che sta alla base del presente volume, vorrei qui solamente segnare alcune tappe (rinunciando ad approfondirne tutti i possibili nessi) del percorso seguito dal pensiero civilistico dell'Europa continentale in merito alla considerazione del corpo umano vivente dopo la nascita, prestando una particolare attenzione ai profili dogmatici; non mi soffermerò pertanto sulla fase iniziale e finale della parabola del corpo umano, cioè sulla condizione giuridica dell'uomo allo stato embrionale, fetale e cadaverico¹.

Lo stimolo ad affrontare, seppure in modo rapsodico, un tema così complesso e denso di rinvii a posizioni filosofiche e religiose che hanno nei secoli condizionato le visuali giuridiche², mi è derivato

¹ Per quanto riguarda i concepiti nel diritto romano e negli ordinamenti di tradizione romanistica mi limito a richiamare i lavori di P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, 195 ss.; ID., *Il nascituro tra diritto romano e diritti statali*, in A. TARANTINO (a cura di), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano, 1997, 87 ss.; si veda, inoltre, con interessante proposta modificativa (ispirata al diritto romano) dell'art. 1 co. 2 c.c., P. FERRETTI, *Diritto romano e diritto europeo: alcune considerazioni in tema di qui in utero sunt*, in «Annali Ferrara», XIII, 1999, 97 ss., in part. 126; per la generalizzazione della massima '*conceptus pro iam nato habetur*' solamente a partire dal diritto intermedio v., da ultima, E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, 8. Sulla condizione giuridica del cadavere nel diritto romano cfr. in particolare V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 34 ss.; G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, ora in «Riv. Dir. Rom.», I, 2001, 96 s.

² Cfr., per un primo approccio, G. BERLINGUER - V. GARRAFA, *Il nostro corpo in vendita. Cellule, organi, DNA e pezzi di ricambio*², Milano, 2000, in part. 37 ss., 139 ss.

dalla lettura di un brillante saggio che è stato scritto nel 1993 da Jean-Pierre Baud (professore di diritto, storia e antropologia giuridica all'Università di Paris X)³, e che prende lo spunto dal seguente caso di fantagiurisprudenza. Tizio, usando una sega circolare in lavori di *bricolage*, subisce il taglio di una mano e sviene. Caio, il fratello, raccoglie la mano tagliata e ne assicura una conservazione idonea al reimpianto. Sempronio, che abita vicino a Tizio e lo odia profondamente, si offre di accompagnare Caio sull'ambulanza e ottiene di prendere in custodia la mano tagliata; dopodiché, se ne appropria e la getta in una discarica pubblica. Nel processo penale che segue si prospettano due possibili qualificazioni della mano rubata: per l'accusa – interessata a sussumere la fattispecie nell'art. 309, al. 3, ora abrogato, del *Code pénal* che disciplinava la violenza seguita da mutilazione – la mano appartiene ancora, malgrado il distacco, a Tizio come appendice del corpo; essa è da intendersi dunque come parte del corpo, e questo fino al momento in cui si perviene alla certezza, fondata sulla scienza medico-chirurgica, che il reimpianto è divenuto impossibile; per la difesa, invece, il distacco ha reso la mano una cosa a sé stante di Tizio, e dunque si può ravvedere, tutt'al più, un furto e non un attentato all'integrità personale. Oltre a queste due qualificazioni l'autore francese ne ipotizza una terza: la mano distaccata potrebbe essere considerata una *res nullius* liberamente occupabile e dunque il sottrattore dovrebbe essere mandato assolto anche dall'accusa di furto.

Agli occhi del giurista dunque la mano tagliata non ha un'univoca lettura: può essere vista come una parte del corpo, oppure come un'autonoma *res* (sia *alicuius* sia *nullius*); e gli effetti saranno profondamente divergenti. Il problema qualificatorio anche in questo fantasioso caso non è di poco conto⁴.

³ *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, 1993, ora tradotto in lingua italiana da L. Colombo (*Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, Milano, 2003). Nel prosieguito, per le citazioni, mi atterrò a quest'ultima versione.

⁴ Sull'operazione di qualificazione si veda recentemente L. LANTELLA - E. STOLFI - M. DEGANELLO, *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, Torino, 2004, 21 ss., in part. 33 ss.

2. *Il lascito della riflessione giurisprudenziale romana.*

Se si vuole precisare come i giureconsulti romani consideravano il corpo umano vivente sotto il profilo dogmatico, avendo uno speciale interesse prospettico rivolto a talune riflessioni dottrinarie avutesi in età moderna nei paesi europei di tradizione romanistica, si deve necessariamente limitare i rilievi al corpo dell'uomo libero: è questo, infatti, l'unico termine di paragone rispetto alle esperienze attuali, dove non è più contemplabile, per l'abolizione dell'istituto della schiavitù⁵, quella qualificazione, perfettamente compatibile invece con il diritto romano, del corpo dell'uomo servo come una *res in commercio*⁶.

Ebbene, rispetto all'*homo liber*, valutato nella sua corporeità, mi pare che vi sia almeno una fonte in cui esso viene compreso fra le *res corporales*⁷:

Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 41, 3, 9: *Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum, item liberis hominibus.*

Il passo gaiano, probabilmente interpolato dai compilatori giustiniani⁸, ci dice che, ai fini dell'idoneità ad essere usucapito, il corpo

⁵ Cfr., al riguardo, BERLINGUER - GARRAFA, *Il nostro corpo*, cit., 38 ss.

⁶ Su tale categoria v. però quanto si dirà *infra*, nt. 10.

⁷ Cfr., in tal senso, anche R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968, 135 nt. 60. Non condivisibile è dunque l'assunto di B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1972, 151, secondo cui le persone libere non sarebbero mai incluse tra le *res*. Le *liberae personae* sono qualificate anche *res* (*nullius*) in Ulp. 67 *ad ed.* D. 43, 1, 1 pr.; sul passo si veda in particolare G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, I, Milano, 1945, 23.

⁸ Cfr. al riguardo SCHERILLO, *Lezioni*, cit., 24; GROSSO, *Corso*, cit., 95; ID., *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose - contratti* (a cura di L. LANTELLA), Torino, 1974, 18; C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio*, I, Villa S. Giovanni, 1981, 147 s. nt. 62; F. BALDESSARELLI, *A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra res corporales e res incorporales*, in «RIDA», XXXVII, 1990, 99; F. GALLO, *Rec. a M. Bretonne, I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, 1998, in «Iura», XLIX, 1998 [pubbl. 2002], 133 s. Si sospetta (GROSSO, *Problemi*, cit., 18; SCHERILLO, *op. loc. cit.*) anche dell'*item liberis hominibus*, per il fatto che lo stesso Gaio, nelle *institutiones* (2, 48: *item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est*), si esprime in modo da tenere distinto l'uomo libero dalle *res*. Non ravvedo tuttavia una difficoltà, per il Gaio di D. 41, 3, 9, a rico-

dell'uomo libero, posseduto in buona fede come servo⁹, deve essere affiancato – l'*item* segna un distacco dell'*homo liber* rispetto alla sequenza delle altre *res 'exceptae'* – alle *res (sacrae, sanctae, publicae)* che i romanisti generalmente qualificano come *extra commercium*¹⁰. Certo, l'inquadramento del *liber homo* tra le *res corporales* potrebbe risentire della valutazione soggettiva del possessore di buona fede che considera l'uomo libero alla stregua di un servo, e dunque alla stregua di una *res* materiale in senso tecnico¹¹; non escluderei tuttavia che Gaio abbia voluto semplicemente richiamare la circostanza che il corpo umano è ontologicamente un'entità materiale, una *res corporalis*, senza l'intenzione di conferire a tale sintagma particolari connotazioni giuridiche. In ogni caso, non può certo dirsi che il passo faccia emergere una qualche qualificazione con valore giuridico 'oggettivo' del corpo dell'uomo libero; si evidenzia solamente una comunanza di disciplina, per quanto riguarda l'iusucapibilità, con certe categorie di *res*, comunanza che è constatabile anche in ordine all'inalienabilità:

Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18, 1, 6 pr.: *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias*

noscere, sotto il profilo meramente ontologico, nell'uomo libero un'entità di tipo materiale, una *res corporalis*.

⁹ È con riguardo all'uomo libero che versasse in tale condizione che si poneva la questione della usucapibilità: cfr., in particolare, GROSSO, *Corso*, cit., 95; inoltre, M. BRETONNE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, 1998, 155.

¹⁰ La classe delle *res extra commercium* non risulta teorizzata (e contrapposta in particolare a quella delle *res in commercio*) dai giuristi romani, ma viene considerata implicita in alcune fonti (Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18, 1, 6 pr.; Paul. 33 *ad ed.* D. 18, 1, 34, 1; Marcian. *lib. sing. ad form. hypoth.* D. 20, 3, 1, 2; Ulp. 21 *ad Sab.* D. 30, 39, 10; I. 2, 20, 4): sul punto cfr. *praecipue* BUSACCA, *Studi*, cit., 16 ss., il quale, per altro, avanza l'ipotesi che la classificazione *res in commercio-res extra commercium* sia stata concepita nella scuola di Basilea del XVI secolo (*op. cit.*, 27 nt. 73); v. inoltre M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 380. In ogni caso, si ritiene comunemente che la categoria delle *res extra commercium* comprenda quelle entità corporali non idonee in termini assoluti – si trascura dunque la extracommercialità relativa solo a determinate persone, sulla quale cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 2000, 291 nt. 6 – ad essere oggetto di rapporti giuridici patrimoniali fra le persone e particolarmente oggetto di proprietà. Le classi di *res* che sogliono essere incluse nella categoria in questione sono, come è noto, le *res divini iuris*, le *res sanctae*, le *res publicae (in publico usu)* e le *res communes omnium*.

¹¹ Cfr. a tal riguardo GROSSO, *Corso*, cit., 96.

<prohibitam> alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius¹².

Sul piano della disciplina, per altro, l'*homo liber* non solo non poteva cadere con atto di disposizione, di regola, in proprietà di altri¹³, né (se guardiamo anche a fonti non di origine giurisprudenziale) poteva essere visto come un bene patrimoniale del principe¹⁴, ma neppure poteva essere considerato in proprietà di sé medesimo. Il von Vangerow, che nell'Ottocento provò a sostenere il contrario, prestò il fianco a severe critiche¹⁵. È opportuno richiamare in proposito

¹² Per l'integrazione <prohibitam> cfr. ORESTANO, *Il problema*, cit., 300. Sulla normale (cfr. *infra*, nt. 13) esclusione di effetti traslativi collegati alla vendita dell'uomo libero si veda M. TALAMANCA, *Vendita (dir. rom.)*, in «ED», XLVI, Milano, 1993, 331 e nt. 278. L'inalienabilità dell'*homo liber* risulta anche da Mod. 5 *pand.* D. 45, 1, 103: *liber homo in stipulatum deduci non potest, quia nec dari oportere intendi nec aestimatio eius praestari potest. non magis quam si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem aut fundum hostium*. Se dunque viene dedotta nella *stipulatio* la prestazione di *dare* (cioè, di trasferire la proprietà di) un uomo libero, il contratto non produce effetti; l'argomentazione (*quia-potest*) addotta dal giurista sposta l'attenzione sul piano processuale: una simile prestazione non può essere portata nell'enunciazione della pretesa (*intentio*), né è possibile ipotizzare una condanna pecuniaria non essendo l'uomo libero suscettibile di essere stimato in denaro (sulla inestimabilità del corpo dell'uomo libero cfr. anche Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9, 1, 3; Gai. 6 *ad ed. prov.* D. 9, 3, 7; Paul. Sent. 5, 1, 1). Sul semplice accostamento disciplinare dell'*homo liber* alle cosiddette *res extra commercium* cfr. altresì SCHERILLO, *Lezioni*, cit., 24 nt. 2, con richiamo di altre fonti (Gai. 3, 97; Paul. 72 *ad ed.* D. 45, 1, 83, 5; Gai. 2 *aur.* D. 44, 7, 1, 9).

¹³ Del tutto eccezionale è il caso dell'*homo liber* che si fosse fatto vendere *ad pretium participandum* (Marcian. 1 *inst.* D. 1, 5, 5, 1; Modest. 7 *reg.* D. 1, 5, 21).

¹⁴ L'espressione «i miei uomini» (τοὺς ἐμοὺς ἀν[θρ]ώπους) reperibile nella *constitutio Antoniniana* del 212 d.C. (FIRA, I², n. 88, 448, l. 6) e riferita ai *peregrini* divenuti cittadini romani, che avvicinerebbe gli abitanti dell'impero alle *res in patrimonio* del principe (così, G. MANCUSO, *Profilo pubblicistico del diritto romano*, II, Catania, 2003, 109), non sembra avere in realtà una valenza patrimoniale. D'altra parte, la detta locuzione potrebbe riferirsi ai soli militari dell'imperatore Caracalla [cfr. A. D'ORS, *Addendum: Una nueva hipótesis sobre PGiss. 40 I*, in *Kurzberichte aus den Papyrussammlungen* (Giessen), XXII, 1966, e ora in *Crítica romanística*, Santiago de Compostela, 1999, 66], e, se così fosse, è chiaro che al possessivo (... ἐμοὺς ...) non si potrebbe certo attribuire una connotazione patrimonialistica.

¹⁵ Cfr. K. A. VON VANGEROW, *Über die Latini Juniani*, Marburg, 1833, 67 ss. (*non vidi*); ID., *Leitfaden für Pandekten Vorlesungen I*, Marburg-Lepzig, 1841, 61 nt. 1; ID.,

il seguente passo, dove ci si interroga su quale tipo di azione aquiliana (diretta o utile) debba spettare al *liber homo* (*bona fide serviens*) per le lesioni corporali subite:

Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 13 pr.: *Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*¹⁶.

Per disporre dell'*actio ex lege Aquilia* diretta bisognerebbe essere proprietario (*erus*, diceva il testo aquiliano) del corpo leso; in questo caso, del proprio corpo. Ulpiano nega recisamente che possa darsi tale eventualità (*dominus membrorum suorum nemo videtur*) e accorda l'azione in via utile.

Credo, sulla base delle fonti sommariamente esaminate, che il pensiero dei giuristi romani possa essere ricostruito nel modo seguente: il corpo dell'uomo vivente è eventualmente qualificabile, dal punto di vista ontologico, come una *res* materiale; dal punto di vista giuridico, per contro, non è collocabile in alcuna categoria di *res*, men che meno nella categoria delle *res extra commercium*¹⁷, che non è stata per altro nitidamente teorizzata, come si è detto, dalla giurisprudenza romana. In altre parole, per quanto riguarda la qualificazione giuridica del corpo umano vivente nella riflessione giurisprudenziale romana, dobbiamo accontentarci di un esito dell'indagine di carattere negativo.

Lehrbuch der Pandekten, I⁷, Marburg-Leipzig, 1865, 72 nt. 1; secondo il pandettista tedesco, che si appoggiava su fonti atecniche (Persio, Dionigi di Alicarnasso), l'uomo libero si trovava «in seinem eignen Eigenthum». Tale tesi fu censurata aspramente da G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, II⁹, Leipzig, 1881, 112), che non esitò a definirla nient'altro che una «neckische Mystification». Pure assai critico, ma con toni decisamente più pacati, è C. FADDA in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I.1, Torino, 1902, 608 s. [note dei traduttori]).

¹⁶ Cfr. sul passo diffusamente G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, 309 ss.; più recentemente, A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Apunti dalle lezioni di diritto romano*, Catania, 2003, 105.

¹⁷ Nel medesimo senso cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, Torino, 1985, 170; non mi pare dunque propriamente corretto annoverare – come fanno R. EVANS-JONES - G. MACCORMACK, *The Sale of res extra commercium in Roman Law*, in «ZSS», CXII, 1995, 331 – l'*homo liber* tra i «types of property constituting the class of *res extra commercium*».

Nei lavori romanistici dogmaticamente orientati (mi riferisco in particolare ai manuali istituzionali e ai corsi universitari), i quali in genere non trascurano i casi, soprattutto dell'età più risalente, in cui l'uomo libero 'appartiene' a qualcuno, ma con modalità differenti rispetto alle cose (servi, fondi, animali) sottoposte al *dominium ex iure Quiritium*¹⁸, si può constatare qualche oscillazione a proposito della qualificazione del corpo dell'uomo libero (o dell'uomo libero *tout court*). Infatti, Vittorio Scialoja lo considera per certi versi una *res*¹⁹; Max Kaser dimostra di aderire a tale impostazione²⁰; mentre la prevalente dottrina²¹ lo esclude dal novero delle *res* o più spesso, con diversa terminologia, dal novero delle cose. Tale divergenza dipende in ultima analisi dal differente significato dato al qualificante '*res*', o '*cosa*' (in senso giuridico), e dalla personale inclinazione a farsi condizionare nella rappresentazione dell'esperienza romana da categorie moderne. Se si conferisce ai detti segni quel significato che i Romani in ambito patrimoniale attribuivano sovente non solo a '*res*', ma anche a espressioni quali '*res corporalis*' o '*corpus*', cioè il significato di 'entità materiale appropriabile', si esclude allora necessariamente l'*homo liber* (che le fonti sopra esaminate ci dicono non suscettibile di appropriazione) dal campo delle *res* (o delle cose). Viceversa, se si attribuisce (come fanno il Kaser e lo Scialoja) a '*res*' l'accezione di 'oggetto di diritti' (diritti al plurale, non il solo diritto di proprietà), o di 'oggetto di rapporti giuridici', sulla falsariga dell'orientamento pre-

¹⁸ Si tratta per lo più di quelle ipotesi in ordine alle quali si suole dire che l'uomo libero versa in una condizione giuridica semiservile: si pensi al *filius familias* mancipato per diverse cause, al *nexus*, all'*auctoratus*, all'*addictus*, al *redemptus ab hostibus*, al colono nel tardo impero.

¹⁹ Cfr. *Teoria della proprietà*, I, cit., 32.

²⁰ Laddove (*Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, 376) richiama, come esempi di *res* «in weiterem Sinn» (= *Rechtsobjekt*), il *filius familias* e la *uxor in manu*.

²¹ Cfr. C. FERRINI, *Manuale di Pandette*², Milano, 1904, 254; S. RICCOBONO, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1910, 340; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova, 1942, 355 nt. 12; SCHERILLO, *Lezioni*, cit., 22 ss.; ID., *Corso di Istituzioni di diritto romano*², Milano, 1962, 270; P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette)*. *Il contenuto dell'obligatio*, I.1, Milano, 1969, 161; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1960, 172; BURDESE, *Manuale*, cit., 169 s.; GROSSO, *Corso*, cit., 94 ss.; ID., *Problemi sistematici*, cit., 14, 16 ss.

valso invero tra i civilisti italiani della prima metà del Novecento in ordine a 'cosa'²², allora non si vede ragione per escludere dalla macrocategoria, così delineata, di *res* il corpo umano, che anche nell'esperienza romana poteva essere valutato come oggetto di un diritto diverso da quello del *dominus ex iure Quiritium*, ad esempio un diritto di credito²³. Quest'ultima impostazione mi pare, dal punto di vista della metodologia storica, meno corretta, dal momento che i giuristi romani non si sono mai confrontati col concetto di 'oggetto di diritti'²⁴, concetto che non rende, per altro, in alcun modo uno dei significati giuridici di 'res'²⁵.

²² Cfr. R. DE RUGGIERO, *Introduzione alle scienze giuridiche e Istituzioni di diritto civile*, I, Napoli, 1911, 331 s.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*³, Milano, 1924, 252 ss.; v. altresì F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*², Milano, 1988, 241 ss. Attualmente in Italia mi pare che si sia affermata la tendenza ad interpretare nella definizione di 'beni' risultante dall'art. 810 c.c. («sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti») il termine 'cose' come un ampio *genus* dotato di valenza extragiuridica (sostanzialmente, qualsiasi oggetto reale o ideale diverso dal soggetto); non manca tuttavia chi, più attento a non discostare eccessivamente il linguaggio tecnico-giuridico dal linguaggio comune, intende 'cosa' alla stregua di *res corporalis* appropriabile: sul punto cfr. in particolare S. PUGLIATTI, *Cosa (Teoria generale)*, in «ED», XI, Milano, 1962, 19 s.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, in «Digesto⁴» (disc. priv. sez. civ.), IV, Torino, 1989, 443 s.; R. TROIANO, *Gli articoli 810 e 813 del codice civile: i beni e i diritti*, in «Giur. it.», 1991, I.1, 1363; O. T. SCOZZAFAVA, *Dei beni (artt. 810-821)*, in *Il Codice Civile. Commentario* (dir. P. Schlesinger), Milano, 1999, 12 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, VI, Milano, 1999, 53 s.; per la dottrina più risalente cfr. B. F. CICALA, *Elementi reali e elementi ideali nella formazione del concetto di cosa in senso giuridico*, in «Riv. Dir. Agrario», XXI, 1942, 12 s.; B. BIONDI, *I beni*, in *Trattato di diritto civile* (dir. F. Vassalli), IV.1, Torino, 1953, 5 ss.

²³ Si pensi al *conductor operarum* che, quanto meno in una fase iniziale della *locatio-conductio operarum*, sembra disporre di un diritto al corpo del locatore-lavoratore manuale (il quale viene inteso come l'oggetto contrattuale); sul punto, cfr. F. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, in part. 18 s.; V. GIUFFRÈ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana*², Napoli, 1998, 83 s.; recentemente, L. LANTELLA - E. STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino, 2005, 129. Una parte della dottrina, tuttavia, si oppone a tale lettura della primitiva *locatio operarum*: cfr., da ultimo, R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, 2003, 179.

²⁴ Sulla risalenza a Leibniz della dicotomia soggetto-oggetto nel vocabolario concettuale dei giuristi, cfr. FIORI, *Il problema*, cit., 203 s.

²⁵ Cfr. la sostanziale critica di anacronismo mossa da Y. THOMAS, *Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain)*, in «Archives de Philo-

In merito poi alla questione se parti staccate (ad esempio, per intervento chirurgico) del corpo umano possano essere considerate cose suscettibili di appropriazione, non risulta che essa sia stata affrontata dai giuristi romani²⁶.

Possiamo, a questo punto, ritornare sul saggio, citato nella premessa, di J. P. Baud. L'autore francese ritiene dunque che nel diritto civile (s'intende, di stampo giurisprudenziale) romano, dove domina la partizione tra *personae* e *res*, il corpo umano non sia stato oggetto di particolare interesse, poiché, a causa della sua 'sacralità', v'era una certa riluttanza a valutarlo come una cosa materiale appropriabile; né, d'altra parte, il corpo umano poteva essere attratto nella sfera della *persona*, essendo questa una pura astrazione²⁷. Scrive J. P. Baud: «...i corpi umani sembrano riguardare più naturalmente un'amministrazione pubblica della religione e della salute che l'erudizione del civilista»²⁸. Ora, in margine a tale osservazione, mi pare corretto precisare che, se la relegazione al sacro (e al diritto sacro) può essere effettivamente predicata in ordine al cadavere, attratto nella sfera del religioso dal luogo che lo ospitava, non si può invece sostenere la stessa cosa per quanto riguarda il corpo dell'uomo libero vivente. Il sostanziale disinteresse per questo da parte dei giuristi romani mi pare senz'altro più agevolmente e, se si vuole, più 'laicamente' spiegabile

sophie du droit», XXV, 1980, 414, alla resa – proposta da M. KASER sotto l'influenza della pandettistica (v. *supra*, nt. 20) – di *res* («in weiterem Sinn») con *Rechtsobjekt*; per la non equivalenza tra *res* e 'oggetto di diritto' si veda anche P. P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino, 2002, 10 ss.

²⁶ Cfr. GROSSO, *Corso*, cit., 96; SCHERILLO, *Corso*, cit., 270 nt. 7. Non forniscono indicazioni utili per un possibile inquadramento dogmatico del latte materno nel contratto di baliatico concluso da una donna libera i seguenti lavori: J. HENGSTL, *Private Arbeitsverhältnisse freier Personen in den hellenistischen Papyri bis Diokletian*, Bonn, 1972, 61 ss. (sugli *Ammenverträge* contenuti nei papiri egiziani di epoca romana); K. R. BRADLEY, *Wet-nursing at Rome: A Study in Social Relations*, in B. RAWSON (ed.), *The Family in Ancient Rome. New Perspectives*, Kent, 1986, 201 ss.

²⁷ Cfr. BAUD, *Il caso della mano rubata*, cit., in part. 60 s., 70 s., 94. Sugli sviluppi nel senso dell'astrazione del termine '*persona*' nel lessico giuridico romano, cfr. B. ALBANESE, *Persona*, in «ED», XXXIII, Milano, 1983, 170; adde G. MAININO, *Dalla persona alla persona giuridica: la persona in Gaio e il caso delle 'istituzioni' alimentari nell'esperienza romana*, in «SDHI», LXX, 2004, 481 ss.

²⁸ Cfr. BAUD, *Il caso della mano rubata*, cit., 30.

con quel fondamento ideologico – non estraneo all'estensione, sopra vista, al corpo dell'*homo liber* del trattamento riservato alle *res sacrae, sanctae e publicae* – che risalta, pur nell'estrema concisione, dal seguente passo tratto dal primo libro delle *epitomae iuris* di Ermogeniano:

Hermog. 1 *iur. epit.* D. 1, 5, 2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit ...*²⁹.

Non perché il corpo umano vivente sia sacro, dunque, esso viene trascurato dai giuristi, ma perché tutto il diritto è stato costruito nell'interesse degli uomini in carne ed ossa (e in particolare modo di quelli liberi) e non per fare degli stessi – possiamo aggiungere – meri strumenti materiali di soddisfazione per altri uomini. Non è invero distante dal principio di civiltà giuridica evidenziato da Ermogeniano la dottrina civilistica moderna, quando, per argomentare che l'uomo non è una cosa, osserva che per il diritto la persona umana è un fine e non un mezzo³⁰.

3. *Giustificazioni della inappropriabilità del corpo umano vivente nella tradizione civilistica.*

Se rivolgiamo l'attenzione ad alcune delle più autorevoli riflessioni dottrinarie maturate nell'Europa continentale anche sulla base delle elaborazioni dei giuristi romani, possiamo constatare una netta prevalenza di opinioni per le quali il corpo dell'uomo vivente non è inteso come una *res*, o una cosa, o, tutt'al più, viene fatto rientrare nel novero delle *res extra commercium*. A ben guardare, si pone a fondamento di simili assunti la natura, che vuole libero l'uomo, o la 'distintività' che connota alcune classificazioni su cui tra poco ci soffermeremo³¹. Non mancano tuttavia, come vedremo nel prossimo para-

²⁹ Sul passo, ampiamente commentato dalla dottrina romanistica, si veda recentemente E. DOVERE, *De iure. Studi sul titolo I delle Epitomi di Ermogeniano*, Torino, 2001, in part. 66 ss.

³⁰ Cfr. BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, cit., 54: «pur avendo una realtà corporea, la persona umana non è una cosa in quanto...[è] ragione ultima dell'ordine giuridico».

³¹ La classificazione è distintiva, e quindi logicamente rigorosa, quando fra le sottoclassi non vi sono intersezioni, ma solo rapporti di reciproca esclusione: cfr., sul punto, LANTELLA - STOLFI - DEGANELLO, *Operazioni*, cit., 152.

grafo, posizioni differenti, che sono state assunte soprattutto nei tempi a noi più vicini anche a seguito delle nuove scoperte nel campo biotecnologico.

È possibile riscontrare, innanzitutto, una linea comune di pensiero che lega la *Magna Glossa*, Cujas e Doneau: infatti, sia nell'apparato accursiano sia nell'opera dei due rappresentanti della scuola culta viene affermato, in margine a Paul. 33 *ad. ed.* D. 18, 1, 34, 1 (*omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est*), che l'uomo libero è l'esempio di *res* fuori dal commercio per natura³².

Lo stesso Doneau, tuttavia, oltre a richiamare il principio naturalistico, avanza altresì un'argomentazione di ordine sistematico, che chiama in causa il *ius gentium*:

«Liberi quidem hominis conditio haec³³ est jure gentium sine exceptione. *d. L. inter, § sacram. versic. sed haec dissimilia. de verbor. obligat.* Nam, si servitus est dominio alieno jure gentium subijci, ut est definitio servitutis: *L. 3. D. de stat. homin. Instit. de jur. person. in princ.* necesse est, contrariam conditionem esse libertatis eodem jure proditam, huic scilicet dominio non subijci, cum in rebus tam contrariis non possit, qui servus sit (quod fit, cum dominio alieno subijcitur) idem esse et liber».

Il giurista francese si muove dunque all'interno della classificazione, segnata dal *ius gentium* e relativa alla condizione umana, tra servi e liberi. I primi sono, per definizione, coloro che sono soggetti all'altrui dominio; i secondi (che versano in una condizione contraria) non possono che essere coloro che non sono soggetti all'altrui dominio. La distintività della classificazione in questione non tollera che chi sia servo sia anche libero e viceversa. Insomma, se di *homo liber* si parla, questo non può essere in proprietà di chicchessia. Questo, sul piano del *ius gentium*; il *ius civile* per altro – osserverà nel prosie-

³² Cfr. gl. *natura* ad D. 18, 1, 34, 1 («ut homo liber»); J. CUJACII *Opera omnia*, VII, In Tit. I. De contrah. empt. Lib. XVIII Digest., ed. Neapolis, 1722, 691; H. DONELLI *Opera omnia. Comm. de iure civili*, I, 4, 6, ed. Florentiae, 1840, 705.

³³ Si intende la condizione di *res* che *adquiri non possunt*.

guo Doneau – prevede anche casi eccezionali in cui l'uomo libero possa essere acquistato e cadere nel dominio altrui³⁴.

Diversa è invece l'argomentazione addotta da Savigny per negare la proprietà dell'uomo sul proprio corpo. Nel *System*³⁵, infatti, presupposta la difesa della integrità fisica come finalità ordinamentale, il fondatore della Scuola storica del diritto ritiene di non riconoscere un diritto di tipo dominicale sul proprio corpo, poiché per questa via si giungerebbe all'ammissione del diritto al suicidio. Dunque si ricorre ad una dimostrazione per assurdo, attraverso l'accentuazione dei profili dell'abuso del diritto (quello di proprietà), di cui si intende negare l'esistenza³⁶.

Per altro verso, il riferimento alla dicotomia servo-libero, utilizzata da Doneau per espungere l'*homo liber* dal novero delle cose acquistabili, è destinato a lasciare il posto dopo qualche tempo al riferimento ad una nuova, somma classificazione, resa parimenti funzionale all'esclusione del corpo umano dalla cerchia delle cose appropriabili: si tratta della bipartizione, riferita alle entità giuridiche, in soggetti di diritti e oggetti di diritti. Nel quadro di tale classificazione non è raro, invero, che il corpo umano vivente venga identificato con il soggetto di diritti (*alias*, con la persona fisica), il quale non può dunque nel contempo essere l'oggetto di diritti. Si dice allora che il corpo umano, o più semplicemente l'uomo, non è una cosa, dal momento che è soggetto e non oggetto di diritti, non distinguendo quindi il corpo umano dalla persona. Sono idee che si diffondono in

³⁴ DONELLI *Opera omnia. Comm. de iure civili*, I, 4, 6, ed. cit., 706, dove si ricorda la vendita dell'*homo liber ad pretium participandum*, e quella del *filius* da parte del *pater* che versi in condizione di estrema povertà. Tale peculiarità del *ius civile* rispetto al *ius gentium* spiega, mi sembra, la specificazione «sine exceptione» del passo donelliano riprodotto nel testo.

³⁵ Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, 335 s. = *Sistema del diritto romano attuale* (trad. V. Scialoja), I, Torino, 1886, 339; cfr. inoltre, sul rapporto tra la persona e il corpo nel pensiero del Savigny, BAUD, *Il caso della mano rubata*, cit., 200 nt. 2.

³⁶ R. VON JHERING, *Sul fondamento della protezione del possesso* (trad. F. Forlani), Milano, 1872, 115 s., dal canto suo, pur riconoscendo l'«appartenenza» delle parti del corpo all'uomo non le ritiene in possesso e in proprietà dello stesso. Le ragioni di una simile esclusione tuttavia, quanto meno nel citato luogo, non vengono esplicitate.

modo quasi tralazio nella dottrina novecentesca in Francia³⁷, nei paesi di area germanica³⁸ e in Italia³⁹ e che vengono recepite anche da

³⁷ Dove l'interpretazione dell'art. 1128 c.c. fr. porta ad affermare che il corpo umano vivente complessivamente considerato, identificato con la persona, è «hors du commerce»: cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, I¹⁷, *Les personnes*, Paris, 1990, 19, 22; ivi criticando la teoria «simpliste» che riconosce all'individuo un diritto di proprietà sul proprio corpo, l'a. afferma: «le tort d'une telle analyse, c'est de considérer le corps humain comme une chose ... alors qu'il est la personne même, et de confondre ainsi sujet et objet». Nel medesimo senso cfr. F. TERRÉ - D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*⁶, Paris, 1996, 16: «je ne suis pas propriétaire de mon corps, puisque mon corps c'est moi, moi en tant que je suis une personne juridique». Cfr., inoltre, M. A. HERMITTE, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, in «Archives de philosophie du droit», XXXIII, 1988, 325 ss.; N. MAZEN, *Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme*, in *Bioéthique et droit*, Paris, 1988, 201; B. LEMENNICIER, *Le corps humain: propriété de l'état ou propriété de soi?*, in «Droits», XIII, 1991, 111; BAUD, *Il caso della mano rubata*, cit., 110 s. Utile, per cogliere appieno la posizione della dottrina maggioritaria francese, mi sembra la lettura di un passaggio del rapporto del *Conseil d'État* del 1988 (intitolato *Sciences de la vie - De l'éthique au droit* [La Documentation française, Paris, 1988]) riportato dallo stesso BAUD, *op. cit.*, 27 s.: «il corpo è la persona, questo significa che non può essere abbassato al rango di bene, di cosa: per questo è indisponibile e, non essendo un bene, non può essere oggetto di un'appropriazione e non può dunque entrare nella circolazione dei beni. Ma questo principio non esiste come regola giuridica esplicita; è riconosciuto solo in maniera implicita, dedotto dall'art 1128 del *Code Civil* ...»; osserva tuttavia l'autore francese, nella *Prefazione* all'edizione italiana dell'opera (*ibid.*, XIII), che l'asserita identificazione del corpo umano con la persona risulta certamente priva di fondamento dopo che nel 1994, a seguito delle leggi in materia di bioetica, il corpo umano ha fatto il suo ingresso nel *code civil* (cfr. specialmente chap. II, art. 16, al. 1).

³⁸ Per i pandettisti tedeschi può essere sufficiente citare H. DERNBURG, *Pandekten* I.1⁶, Berlin, 1900, 159 (§ 69) = *Pandette* (trad. F. B. Cicala), I.1, Torino, 1906, 201 (§ 69), il quale ritiene «aus allgemeinen Gründen» che sia inappropriabile il corpo dell'uomo vivente «als Theil des Rechtssubjektes». I commentatori del § 90 del BGB condividono, di regola, l'identificazione del corpo umano vivente con la persona, allontanando così lo stesso dalla contrapposta sfera delle *Sachen*: cfr. H. DILCHER, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. I¹². *Allgemeiner Teil*, Berlin, 1979, sub § 90, 14; O. MÜHL, in *H. T. Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. I¹². *Allgemeiner Teil*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1987, sub § 90, 3; L. MICHALSKI, in *W. Ermann, Bürgerliches Gesetzbuch*, I¹¹, Köln, 2004, sub § 90, 5; inoltre, J. BRUNNER, *Theorie und Praxis im Leichenrecht*, in «Neue Juristische Wochenschrift», VI.2, 1953, 1174.

Per quanto riguarda la dottrina austriaca cfr., in margine al § 285 dell'ABGB, H. KOZIOL - R. WELSER, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, II⁹, Wien, 1991, 6: «Der lebende Mensch und alle seine Glieder sind keine Sache, sondern Person».

³⁹ Cfr. per la civilistica italiana *praecipue* M. ALLARA, *Dei beni*, Milano, 1984, 39:

importanti decisioni giurisprudenziali⁴⁰. Tra gli ispiratori di esse c'è sicuramente Immanuel Kant, come può arguirsi dal seguente passaggio tratto dalle sue *Lezioni di etica*: «l'uomo non può disporre di se stesso, poiché non è una cosa; egli non è una proprietà di se stesso, poiché ciò sarebbe contraddittorio. Nella misura, infatti, in cui è persona, egli è un soggetto, cui può spettare la proprietà di altre cose. Se, invece, fosse una proprietà di se stesso, egli sarebbe una cosa, di cui potrebbe rivendicare il possesso. Ora, però, egli è una persona, il che differisce da una proprietà; perciò egli non è una cosa, di cui possa ri-

«Non è cosa il *corpo dell'uomo vivente*. Si parla in tal caso di persona fisica ...»; BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, cit., 54: «pur avendo una realtà corporea, la persona umana non è una cosa, in quanto non è 'oggetto' di diritti ma titolare di essi ...». L'affermata inerenza delle membra umane alla persona induce non di rado a ricondurre il diritto all'integrità fisica (diritto disponibile nei limiti previsti dall'art. 5 cod. civ. e dalla legislazione speciale in materia di trapianti) ai diritti della personalità: cfr. F. MASTROPAOLO, *Il diritto alla vita e all'integrità corporea tra biotecnica e bioetica*, in *Scritti A. Falzea*, II.2, Milano, 1991, 594 ss.; G. GIACOBBE, *Trapianti*, in «ED», XLIV, Milano, 1992, 893 ss.; M. DOGLIOTTI, *Organo*, in «Digesto⁴» (disc. priv. sez. civ.), XIII, Torino, 1995, 182; breve cenno in P. VERCELLONE, *Trapianti di tessuti e organi*, in «Digesto⁴» (disc. priv. sez. civ.), Agg. 2, Torino, 2003, 1268; per l'inappropriabilità del corpo umano vivente si veda, inoltre, E. VITUCCI, *Proprietà*, in «NDI», X, Torino, 1939, 682; CICALA, *Elementi*, cit., 12; una dettagliata esposizione delle riflessioni di ordine dogmatico prodotte dalla scienza civilistica italiana del secolo scorso circa il diritto sul proprio corpo si trova in M. C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, 13 ss.; aggiungo, infine, che di diritto della personalità (anziché di diritto di proprietà dell'uomo libero sul proprio corpo) parla anche RICOBONO, *Istituzioni*, cit., 340, con riguardo all'esperienza romana.

⁴⁰ Mi riferisco in particolare alla sentenza del 23 gennaio 1952 della Corte d'Appello di Torino, che si pronuncia sull'azione di risarcimento dei danni, intentata dall'Associazione Calcio Torino contro la compagnia di navigazione aerea ritenuta dall'Associazione stessa responsabile, financo sotto il profilo extra-contrattuale, della nota tragedia di Superga. La tesi attorea prospettava un rapporto di natura reale tra l'associazione calcistica e i propri giocatori (cioè, credo, con lo scopo di ricondurre il fatto in questione nell'alveo del 2043 c.c., in quegli anni ritenuto generalmente invocabile solo nei casi di lesione dei diritti reali). Ebbene, l'organo giudicante sul punto così replicava (cfr. «Foro it.», 1952, I, 222): «La Corte non ritiene tuttavia di consentire nella tesi dell'appellante [*scil.* l'Associazione Calcio Torino] che da ciò possa farsi derivare una specie di *ius in corpore*, o 'una sorta di diritto reale', nei confronti dei giuocatori. È facile rilievo che una tale formulazione urta contro sicuri principi di ordine pubblico del nostro, come di tutti gli ordinamenti giuridici moderni, i quali sono costruiti, si può dire, sul fondamentale presupposto della libertà della persona umana, soggetto, non oggetto di diritto assoluto altrui».

vendicare il possesso, perché è impossibile essere insieme una cosa e una persona, facendo coincidere il proprietario con la proprietà»⁴¹.

4. *L'appropriabilità del corpo umano vivente: basi teoriche per un diverso orientamento.*

Consideriamo ora le posizioni dottrinarie di minoranza (quelle a me note), secondo le quali è corretto, pure entro certi limiti, riconoscere un diritto – dimensionato per lo più sullo storico paradigma del *dominium ex iure Quiritium* – sul corpo umano vivente (cioè, l'insieme delle membra ancora unite al corpo)⁴²; non ci soffermeremo invece sulle ragioni che hanno portato ad ammettere in linea di principio un diritto di proprietà sulle parti già distaccate del corpo umano vivente a vantaggio di colui al quale le stesse erano appartenute⁴³.

⁴¹ Cfr. E. KANT, *Lezioni di etica*, Roma-Bari, 1998, 189.

⁴² Per un riconoscimento di un *ius in corpus* – non, si badi, *in corpore*, e dunque connotato dalla dinamicità – spettante reciprocamente ai coniugi, ma col limite della finalità procreativa, cfr. il can. 1081, § 2, del codice di diritto canonico piano-benedettino del 1917. Sulle ragioni storiche che spiegano l'affermarsi, nella dottrina canonistica, di tale *ius* come elemento essenziale del matrimonio cfr. A. C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Bologna, 1993 (rist.), 124 ss.; adde E. DIENI, *Tradizione «juscorporalista» e codificazione del matrimonio canonico*, Milano, 1999, 19 ss. Circa l'inquadramento, a partire dai canonisti medioevali, del *ius* in questione nell'ambito delle differenti categorie civilistiche (*dominium, servitus, possessio*) cfr., tra il serio e il faceto, F. VASSALLI, *Del Ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore ovverosia La dogmatica ludica*, Roma, 1944, in part. 32 ss.; inoltre, BAUD, *Il caso della mano rubata*, cit., 117.

⁴³ Su tale ammissione nella dottrina civilistica italiana si veda in particolare FADDA in WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 610 [note dei traduttori]; ALLARA, *Dei beni*, cit., 40; MASTROPAOLO, *Il diritto*, cit., 602 ss.; VENUTI, *Gli atti*, cit., 175 e 218 s. (a proposito della trasfusione di sangue); *Le fonti del diritto italiano. Codice civile* (P. Rescigno, a cura di), I⁵, Milano, 2003, 31. La dottrina tedesca, dal canto suo, tende ad equiparare le parti distaccate del corpo umano ai frutti della cosa, estendendo in via analogica la disposizione del § 953 BGB («Erzeugnisse und sonstige Bestandteile einer Sache gehören auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache...»): cfr. K. GAREIS, *Das Recht am menschlichen Körper*, in *Festgabe J. Th. Schirmer*, Königsberg, 1900, 64; DILCHER, in *Staudingers Kommentar*, cit., I, sub § 90, 15-16; K. H. GURSKY, § 953, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. III. Sachenrecht*, Berlin, 1995, sub § 953, 11 (ivi altra lett.).

Prendiamo in esame, in primo luogo, il pensiero di Carnelutti espresso in un paragrafo della *Teoria generale del diritto* dal significativo titolo: *L'uomo come cosa*⁴⁴. Secondo l'illustre giurista, nell'uomo coabiterebbero, nettamente distinte, la persona e la cosa; l'uomo dunque può tranquillamente essere visto come soggetto e insieme oggetto di diritti (è questo, invero, il significato attribuito da Carnelutti a 'cosa'), e una simile visuale non violerebbe, come generalmente si ritiene⁴⁵, il principio di contraddizione. L'uomo allora, per la sua componente cosale, può essere oggetto di un diritto che spetta o alla persona del medesimo uomo o alla persona di un uomo diverso (così, nel caso del diritto del coniuge sull'altro coniuge, o in quello dell'imprenditore sul lavoratore). Per quanto riguarda la prima ipotesi del diritto sopra sé medesimo, Carnelutti in particolare lo qualifica come un diritto di natura reale simile al diritto di proprietà⁴⁶.

Più o meno sulla stessa linea si pone, in Francia, Jean-Pierre Baud, il quale aderisce con piena convinzione alla rivoluzionaria tesi avanzata da Aurel David⁴⁷. Baud, infatti, propone un unico statuto del corpo, che riguardi le parti staccate, il cadavere, e il complesso delle membra ancora unite. Anche su tale complesso si dovrebbe ravvisare un vero e proprio diritto di proprietà spettante alla persona, nell'ambito di un rapporto di alterità tra questa e il proprio corpo, il quale andrebbe pertanto annoverato nella categoria delle cose⁴⁸; tra i vantaggi di una simile impostazione, nella quale si perviene ad una 'reificazione' del corpo, vi sarebbe quello di disciplinare il fenomeno ormai inarrestabile del commercio (in senso giuridico) delle membra del corpo umano, individuando chiaramente, già prima dell'even-

⁴⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, Roma, 1951, 125 ss.

⁴⁵ Cfr. *supra*, § 3.

⁴⁶ Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, cit., 138; ivi l'autore, escludendo che l'uomo possa esse in dominio *alterius*, qualifica lo stesso uomo come un «bene demaniale privato» di se stesso, evidenziando una somiglianza col bene demaniale pubblico, parimenti incommerciabile; su tale riflessione del Carnelutti cfr. altresì VENUTI, *Gli atti*, cit., 37.

⁴⁷ Quest'ultimo autore ha scritto nel 1955 un saggio dal titolo: *Structure de la personne humaine (limite actuelle entre la personne et la chose)*, Paris, 1955, che viene assai celebrato da BAUD, *Il caso della mano rubata*, cit., 228 s.

⁴⁸ BAUD, *Il caso della mano rubata*, cit., 225 s., 237.

tuale distacco, il più naturale titolare delle stesse, ed evitando che esse possano essere trattate, dopo la separazione, alla stregua di *res nullius* liberamente occupabili⁴⁹. Dunque, al pari della riflessione di Carne-lutti, anche la teoria proposta dal giurista-antropologo francese basa il riconoscimento del diritto di proprietà sul proprio corpo sulla netta separazione concettuale, che rompe con la tradizione civilistica dell'Europa continentale, tra la persona e il corpo.

5. Osservazioni conclusive.

A chiusura della presente indagine, mi pare utile evidenziare come la tradizione civilistica dell'Europa continentale, dopo l'esperienza romana, sia stata profondamente influenzata, nelle sue valutazioni inerenti al corpo umano vivente, da fondamentali classificazioni. I giuristi romani non avevano tracciato invero un profilo dogmatico dell'*homo liber*, limitandosi a rilevarne la extracommercialità, e la collegata inappropriabilità da parte di terzi⁵⁰, come pure da parte di colui al quale il corpo apparteneva⁵¹; e lì, mi pare, si erano fermati. Con Doneau invece la inappropriabilità dell'*homo liber* dispone di una giustificazione nel quadro della classificazione, rigorosamente intesa, *homo liber-servus*: il primo elemento, infatti, contrapponendosi al secondo, caratterizzato dalla soggezione al dominio altrui, non può che essere considerato, secondo il giurista francese, inappropriabile da parte dei terzi.

Allo stesso risultato si perverrà, qualche tempo dopo, ragionando sulla nuova classificazione soggetto di diritto-oggetto di diritto. Il corpo dell'uomo, in effetti, a causa della sua identificazione col soggetto di diritto, prende le distanze dall'elemento contrapposto, l'oggetto di diritto (o la cosa), che è appropriabile. E quando i giuristi più innovatori vorranno sostenere l'esistenza di un diritto reale sul corpo dell'uomo, e soprattutto sulle parti di esso isolabili come beni

⁴⁹ BAUD, *Il caso della mano rubata*, cit., 240 s.

⁵⁰ Cfr. in particolare Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 41, 3, 9; Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18, 1, 6 pr.; Mod. 5 *pand.* D. 45, 1, 103 (*supra*, § 2 e nt. 12).

⁵¹ Cfr. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 13 pr. (*supra*, § 2).

giuridici⁵², si misureranno, in assenza di una base dottrinaria di origine romana⁵³, comunque con la macroclassificazione soggetto di diritto (persona)-oggetto di diritto (cosa), evidenziandone i limiti o trasferendo il corpo umano, scisso dalla persona, nella sfera delle cose appropriabili.

⁵² HERMITTE, *Le corps*, cit., 324, rileva opportunamente che, al di là dei casi di messa a disposizione del proprio corpo per testare nuovi farmaci o per portare avanti una gravidanza per conto di altri, sono piuttosto le singole parti del corpo (sangue, sperma, organi, cellule), e non il corpo nel suo complesso, che si pongono attualmente come possibili oggetti di atti di disposizione, come cose; al riguardo, cfr. anche BERLINGUER - GARRAFA, *Il nostro corpo*, cit., 39.

⁵³ Non risulta, come si è detto (*supra*, § 2), che i giuristi romani si siano pronunciati sulla appropriabilità delle parti staccate del corpo umano vivente.